

# 共同犯罪上诉审程序探析

马贵翔<sup>1</sup>, 孔凡洲<sup>2</sup>

(1. 复旦大学法学院 上海 200438; 2. 上海外国语大学法学院, 上海 200083)

**摘要:**共同犯罪上诉审程序设计就其基础而言可参考单人犯罪案件上诉审程序规则,但也有其特殊的实体性规则和程序操作规则。首先应依有利被告人理念确立平衡刑事责任的基本规则,主要包括部分被告人上诉则全案判决不生效、上诉利益同案被告人共享、对部分被告人抗诉引起的量刑变化不应打破主从犯认定体系以及案件事实认定争议的上诉区别对待等。其次应关注其具体程序操作规则,主要包括不上诉被告人应以证人身份出庭作证、合理安排上诉人发言顺序、共同上诉人撤诉和上诉期间防止共同犯罪被告人超期羁押等。此外,共同犯罪上诉审程序未来应当随着上诉审程序正当化而调整。

**关键词:**共同犯罪; 上诉审; 基本规则; 程序; 展望

**中图分类号:**DF718 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2019)05-0071-09

**DOI:**10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2019.05.007

## Analysis of Appeal Procedure for Joint Crimes

MA Gui-xiang<sup>1</sup>, KONG Fan-zhou<sup>2</sup>

(1. School of Law, Fudan University, Shanghai 200438, China;

2. School of Law, Shanghai International Studies University, Shanghai 200083, China)

**Abstract:** Regarding the appeal procedure for joint crimes, the rules of appeal procedure for single-person crime cases are basically used as a reference, but there are still some special substantive and procedural rules. Firstly, there should be basic rules for balancing criminal responsibility favoring the defendants, which mainly include the invalidation of judgment in the whole case when some defendants appeal, the sharing of appeal interests with the defendants and differential treatment of findings of disputed facts at appeal trial. In addition, the change of sentencing caused by protesting against some defendants should not violate the system of determining the principal and accessory offenders. Secondly, specific rules guiding the appeal procedure also deserve much attention. Specifically, the defendants who waive the right to appeal should appear as a witness to testify. The order of appellants' speech should be reasonably arranged. Moreover, there should be rules for the co-appellants' withdrawal of the appeal and prevention of joint crime defendants from overdue detention during the appeal period. Thirdly, the joint crime appeal procedure should be adjusted with the justification of the appeal procedure in the future.

**Key words:** joint crime; appeal trial; basic rules; procedure; prospect

收稿日期:2018-10-10

基金项目:国家社会科学基金项目“共同犯罪诉讼程序研究”(13BFX072)

作者简介:马贵翔,男,复旦大学法学院教授,博士生导师,主要从事刑事诉讼法学、证据法学研究;孔凡洲,男,上海外国语大学法学院讲师,法学博士,主要从事刑事诉讼法学、证据法学、司法制度研究。

## 一、问题的提出

我国共同犯罪上诉审程序现有立法内容主要包括:其一,刑事诉讼法规定了全面审查原则。明确规定共同犯罪只有部分被告人上诉的,也应当遵循全案审查、一并处理原则。<sup>①</sup>上诉审审查范围不仅不限于当事人提起的事实认定争议和法律适用问题,对于未提出上诉的部分也应当进行审查。其二,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑事诉讼法解释》)对程序运作的部分具体问题作了解释。一是未上诉或未被抗诉的被告人是否应当在上诉审程序中出庭的问题,《刑事诉讼法解释》第323条中已有规定,认为“未被申请出庭或者人民法院认为没有必要到庭的,可以不再传唤到庭。”<sup>②</sup>而未提出上诉或者被抗诉的同案被告人要求出庭的,法庭应当允许出庭,并且“出庭的被告人可以参加法庭调查和辩论。”<sup>③</sup>二是共同犯罪上诉审因上诉人死亡的,《刑事诉讼法解释》第312条已设定了明确的处理规则。<sup>④</sup>三是允许未上诉被告人委托辩护人。<sup>⑤</sup>其三,《刑事诉讼法解释》对上诉不加刑原则在共同犯罪上诉审中的适用作了解释。现有立法对共同犯罪上诉审实体责任分配确立了上诉不加刑原则,《刑事诉讼法》第237条第1款规定:“第二审人民法院审理被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件,不得加重被告人的刑罚。第二审人民法院发回原审人民法院重新审判的案件,除有新的犯罪事实,人民检察院补充起诉的以外,原审人民法院也不得加重被告人的刑罚。”对于共同犯罪而言,《刑事诉讼法解释》第325条规定了同案审理的案件,只有部分被告人上诉的,既不得加重上诉人的刑罚,也不得加重其他同案被告人的刑罚。同时第326条规定:“人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉,或者自诉人只对部分被告人的判决提出上诉的,第二审人民法院不得对其他同案被告人加重刑罚。”

然而,现有法律和司法解释关于共同犯罪上诉审程序的这些规定并不能满足司法实践需要。比如全面审查原则下,共同犯罪上诉审中部分上诉人提出事实争议、部分上诉人提出法律争议,上诉审应如何应对事实审和法律审?检察院只对部分被告人抗诉的情形下,上诉审的量刑能否打破主从犯认定的框架?在共同犯罪上诉审中部分被告人撤诉,部分被告人不撤诉的,上诉审程序应当如何运作?现有法律和司法解释规定的开庭审理方式适用的范围是否过窄?未上诉或被抗诉的同案被告人为了确保共同犯罪上诉审程序有效运行,在必要的时候应当出庭,但其在庭审中的身份问题需要讨论,是否应当赋予其证人身份?在共同犯罪上诉审程序中,有多个上诉人的,上诉人发言顺序如何安排?以及对要

①《刑事诉讼法》第233条第2款规定:“共同犯罪的案件只有部分被告人上诉的,应当对全案进行审查,一并处理。”《刑事诉讼法解释》第311条规定:“共同犯罪案件,只有部分被告人提出上诉,或者自诉人只对部分被告人的判决提出上诉,或者人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉的,第二审人民法院应当对全案进行审查,一并处理。”

②《刑事诉讼法解释》第323条第1款规定:“开庭审理上诉、抗诉案件,可以重点围绕对第一审判决、裁定有争议的问题或者有疑问的部分进行。根据案件情况,可以按照下列方式审理:……(三)对同案审理案件中未上诉的被告人,未被申请出庭或者人民法院认为没有必要到庭的,可以不再传唤到庭;……”

③《刑事诉讼法解释》第323条第2款规定:“同案审理的案件,未提出上诉、人民检察院也未对其判决提出抗诉的被告人要求出庭的,应当准许。出庭的被告人可以参加法庭调查和辩论。”

④《刑事诉讼法解释》第312条规定:“共同犯罪案件,上诉的被告人死亡,其他被告人未上诉的,第二审人民法院仍应对全案进行审查。经审查,死亡的被告人不构成犯罪的,应当宣告无罪;构成犯罪的,应当终止审理。对其他同案被告人仍应作出判决、裁定。”

⑤《刑事诉讼法解释》第316条规定:“第二审期间,被告人除自行辩护外,还可以继续委托第一审辩护人或者另行委托辩护人辩护。共同犯罪案件,只有部分被告人提出上诉,或者自诉人只对部分被告人的判决提出上诉,或者人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉的,其他同案被告人也可以委托辩护人辩护。”

件事实和非要件事实、事实与法律问题的审理规则是否应当存在区别,法律没有明确规定。此外,虽然确立了上诉不加刑原则,但在部分上诉部分不上诉的情形下,上诉审认为原审认定的案件事实确有错误,需要对上诉人重新量刑的,如何平衡上诉人和未上诉人的刑事责任,立法并无明确规定。<sup>①</sup>诸如此类问题均属于共同犯罪上诉审理实践中必须面对的情形,如无法从现有立法中找到依据进行解决,必然影响共同犯罪上诉审程序的运作。

目前学界对共同犯罪上诉审程序的研究很薄弱,经检索发现大量关于共同犯罪上诉审零零星星的具体问题的法律咨询与律师解答,这在很大程度上反映了该问题的实践性较强,但未发现关于共同犯罪上诉审程序的完整性研究成果。为此,本文主要立足共同犯罪上诉审程序的特有问题进行研究,探索兼顾公正与效率的共同犯罪上诉审规则。

## 二、共同犯罪上诉审程序的基础理论

共同犯罪上诉审程序是指在一审裁判未生效的情形下,共同犯罪案件的被告人依法为自己的利益提出上诉,或公诉人以被告人利益提出抗诉,法庭对共同犯罪案件进行救济审审理过程中所应当遵守的区别于单个人犯罪案件上诉审规则的审理规则之总称,是共同犯罪案件的一般救济审程序。

共同犯罪上诉审程序应确保每个共同被告人在上诉审程序中得到公正的对待和处理,让共同犯罪案件的各被告人均感受到司法公正。从上诉审人权保障功能而言,共同犯罪案件上诉审程序不仅要保障上诉部分被告人的权利,还应保障未上诉部分的被告人的权利。上诉审是上诉权人针对原审未生效裁判要求上级法院进行纠错和权利救济的程序。通过上诉审程序,可以实现被告人的救济权,保障当事人的人权。<sup>②</sup>共同犯罪案件涉及的被告人人数多,如何快速有效有序地推进诉讼程序,实现每个共同被告人人权的保障,是共同犯罪诉讼程序的重要价值之一。共同犯罪上诉审程序是共同犯罪诉讼程序的重要组成部分,也应在不损及司法公正和人权保障功能的前提下实现诉讼效率的提升。

共同犯罪案件上诉审程序就其基础而言可参考单个人犯罪案件的上诉审程序规则。我国实行两审终审制,上诉审程序集中指第二审程序,第二审具体庭审程序运作中可参照第一审庭审规则的同时遵循一些特有原则:其一,有利于被告人原则。从启动程序而言,应当坚持一事不再理原则。对于一事不再理原则,德国赫尔曼教授在《德国刑事诉讼法典》中译本引言中指出:“不论是有罪还是无罪判决,作出产生法律效力的判决后不允许对同一行为再启动新的程序。此原则的出发点,是国家的处罚权已经耗尽。”<sup>[1]</sup>而对于被告人的上诉权则应进行有效保障,确立诸如上诉不加刑原则等。在共同犯罪案件的上诉审程序中,只有部分被告人上诉的,上诉审法院对上诉的部分被告人适用上诉不加刑原则,该原则还应适用于未上诉的共同被告人。未上诉的共同被告人不应因为其他同案被告人的上诉而导致不利后果。同样,检察机关仅对部分被告人提出抗诉的,因抗诉而导致的不利后果也不应及于未被抗诉的共同被告人。其二,开庭审理原则。上诉审应当坚持开庭审理原则,上诉审法院开庭审理属于当事人上诉权的内涵之一。开庭审理的价值主要体现在以下方面:首先,落实控辩平等,只有在开庭程序中,处于劣势地位的被告方才有机会把对原审裁判的异议充分表达出来。开庭审理可以为控辩双方平等对抗提供特定的场域。其次,体现司法权与行政权的区别。司法权更加关注公正,重视对人权的保障

<sup>①</sup>类似局限还有很多,限于篇幅不再逐一罗列。

<sup>②</sup>统计显示,我国“1998年—2009年12年间,全国法院刑事二审结案1096248件,其中抗诉案件36221件,仅占二审案件的3.3%;抗诉案件年均只有3018件,每个检察院提出抗诉不及1件。”可以初步判断,我国刑事上诉审启动主要以当事人上诉为主,至少在程序上已具有救济当事人权利的作用。参见刘计划:《检察机关刑事审判监督职能解构》,载《中国法学》2012年第5期。

和通过司法程序解决纠纷。上诉审程序在性质上属于诉讼程序,审理程序中存在控辩审三方的基本构造,只有在控辩双方平等对抗,法院中立裁判的结构中,才能确保依据证据认定案件事实,作出不偏不倚的裁判。书面审理类似于行政管理程序,具有行政权的性质,行政权更关注效率,一般采用行政审批的方式作出决策。我国实行两审终审制,作为上诉审程序的二审程序是当事人通过审级制度进行救济的关键程序,不开庭审理则是对当事人上诉权的限制;此外,我国二审本质上是对案件的重新审理,二审对事实问题和法律问题都可以进行审理,属于复审制,因此二审要解决对证据的调查和事实的认定问题,就都应当通过开庭审理的方式进行,才能充分实现救济审功能,且让当事人认可司法裁判的公信力。而无论是复审制还是续审制,在共同犯罪上诉审程序中,往往涉及多个原审被告上诉人上诉的情形,在开庭审理程序中,控辩双方积极对抗,才能使法庭准确把握上诉争议焦点。法庭围绕争点展开审理,让各上诉人在法庭上充分表达异议,控辩双方充分辩论,不仅可以实现司法公正,也可以提高审判效率,节约司法资源。其三,上诉续审原则。关于上诉审程序,在理论上主要有续审说、复审说和事后审三种。续审说是指上诉审应当对原审案件继续审理,以对原审已经查明的案件事实和法律适用问题进行更加深入的审理。复审说则需要对上诉的案件重新调查证据、重新进行事实认定、重新适用法律。事后审则以原审为审理对象进行审判,评判原审是否适当,是针对原审程序的审查。根据审理内容不同,又分为法律审和事实审,主要体现为审级制度的安排,即不同审级审理的重点不同。一般而言,第一审以事实审为主,而上诉审则重点审查法律适用问题。上诉审本质上是基于被告人的救济权而启动,在被告人放弃其救济权行使的情形下,则应当尊重被告人的程序选择权。因此,在刑事案件上诉审程序中,应当坚持有限审查原则,采用续审制。一些国家早已采用有限审查原则,如《德国刑事诉讼法典》即确立了上诉法院仅对原判决被异议部分进行审查的制度,其第352条第1款还规定:“上诉法院只是根据所提出的上诉申请进行审查,如果上诉是依据程序错误的,只审查提出上诉申请时所说明的事实。”<sup>[2]713</sup>共同犯罪案件中,部分被告人仅就原审中的部分问题提出异议,上诉审应当仅就该部分异议进行审理,除非案件的其他部分存在明显不利于被告人的,否则,不对未上诉的部分进行审理。有限审查一方面可以体现上诉审救济的针对性,进而有别于案件的第一审;另一方面,也可以提高诉讼效率,减轻被告人诉累,避免被告人基于裁判的不稳定性而遭受身心煎熬。

然而,设立上诉审程序的目的毕竟有别于第一审程序,共同犯罪同案被告人有多个的特殊性也使共同犯罪上诉审程序面临一些与单个人犯罪上诉审程序有区别的问题,这些问题主要包括如何平衡刑事责任的实体性规则和程序操作规则两大类。

### 三、共同犯罪上诉审平衡刑事责任的基本规则

共同犯罪上诉审程序特殊之处在于存在共同被告人全部上诉、共同被告人部分上诉而部分不上诉以及部分对事实认定有异议为由上诉,而部分以适用法律错误为由进行上诉等情形。上诉审以救济为主要功能,基于共同犯罪人数的复数性,部分被告人的上诉必然影响其他被告人的利益,因此,共同犯罪上诉审首先涉及的问题便是各同案被告人刑事责任的协调,应当遵守以平衡刑事责任为核心的基本规则。具体包括:

第一,部分被告人上诉则全案判决不生效规则。共同犯罪上诉审中,部分被告人上诉而部分被告人不上诉的,上诉自然导致上诉涉及的部分裁判暂不生效,而为了能够平衡共同犯罪人的刑事责任,未上诉的部分也应当暂缓生效。因为未上诉的部分判决若先行生效,则案件经过上诉审理认为应作出有利于未上诉部分被告人的裁判,此时基于生效裁判的终局性便无法对未上诉部分被告人的裁判作出改变。我国《刑事诉讼法》第233条第2款和《刑事诉讼法解释》第311条确立了全面审查原则,共同犯罪上诉审程序中为了落实全面审查原则,部分上诉引起全案一审裁判均不生效是逻辑必然,司法实

践中也如此运作,但该规则立法和司法解释均无明文规定,导致实务中依据《刑事诉讼法解释》第323条第2款规定对共同犯罪上诉部分进行重点审查时,对于其他未上诉的部分涉及的裁判如何处理主要依据对相关法条的综合理解。对此问题,实务中也有讨论。<sup>①</sup>从共同犯罪上诉审可以平衡刑事责任的角度而言,无论是坚持现行立法确立的全面审查原则还是重点审查原则,以及未来应当确立的有限审查原则,法律都应当明确规定:共同犯罪部分被告人上诉的,上诉审期间原审对于全案的裁判均不生效。此规则的确立可以使上诉审根据审理结果对未上诉人的原审裁判作出改变,可见,部分被告上诉则原审裁判均不生效规则是共同犯罪上诉审程序平衡刑事责任的前提。

第二,上诉利益同案被告人共享规则。上诉利益共享即部分被告人上诉所引起的有利裁判应当及于其他被告人。在共同犯罪案件中,部分被告人上诉而部分被告人不上诉的,上诉审经过审理认为应作出有利于未上诉共同被告人的裁判的,可以对其他未上诉人进行改判。被告人具有平等的上诉权,因此,共同犯罪部分被告人的上诉权行使就可以启动上诉审程序。针对当事人依法提起的上诉,上诉审法院应当对原审裁判进行审理而对当事人进行诉讼程序上的救济。为确保法官中立裁判,不告不理原则是裁判者所应当遵守的基本原则,在共同犯罪中,部分被告人上诉的,上诉审应当仅针对提起上诉的部分进行审查。上诉审经过审理,认为原审裁判准确,当事人所提异议并不成立的,应维持原判决;否则,应当在上诉不加刑原则的指引下进行改判。为了充分实现司法程序的人权保障价值和上诉审程序的救济功能,上诉审经过审理认为原审判决确有不当地,除了应当作出有利于部分上诉被告人的裁判,也应当对未上诉部分被告人进行改判,作出有利判决。未上诉的共同被告人是否出席上诉审庭审应当视庭审需要而定,但参加庭审与否并不影响其对上诉审有利裁判结果的获得,不应因其未参与庭审而使其处于不利地位。因此,在共同犯罪上诉审程序中,上诉的部分共同被告人与未上诉的共同被告人之间的关系可以简单描述为“有福应当同享,有难未必同当”。我国法律和司法解释已经确立了上诉不加刑原则,《刑事诉讼法解释》第325条第2款第1项规定:“同案审理的案件,只有部分被告人上诉的,既不得加重上诉人的刑罚,也不得加重其他同案被告人的刑罚。”第326条规定:“人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉,或者自诉人只对部分被告人的判决提出上诉的,二审人民法院不得对其他同案被告人加重刑罚。”但对未上诉部分或未被抗诉的被告人可否作出有利的改判,立法并没有明确的规定。其他国家对此已有立法规定,比如《日本刑事诉讼法》第401条规定:“在为被告人的利益而撤销原判决的场合,如果撤销的理由为提起控诉案件的共同被告人所共同具有时,也应该对该共同被告人撤销原判决。”<sup>[3]</sup>这条规定明确了救济审程序中对原判决的撤销效力及于所有共同被告人,无论该部分被告人是否也提起上诉。而《德国刑事诉讼法典》在共同犯罪救济程序中确立了上诉不可分原则,属于异曲同工,该法第357条规定:“鉴于适用刑法有误而有利于被告人地撤销原判决,如果被撤销部分还涉及其他未提出上诉的被告人的,则视为其他被告人也一并提起了上诉。”<sup>[2]714</sup>可见上诉裁判效力及于全部共同被判决人。对此,我国立法应当明确规定上诉利益共同被告人共享规则。

第三,对部分被告人抗诉引起的量刑变化不应打破主从犯认定体系规则。根据避免双重危险原则,应当限制公权力对当事人的重复追诉,除非上诉人基于救济目的提起上诉启动上诉审程序,国家公权力机关一般无权启动上诉审程序。但我国现行立法规定公诉机关的抗诉也是启动二审的方式之一,我国立法赋予公诉机关查明案件事实真相的职能,针对原审中事实认定、法律适用或程序运作中的错误,可以向人民法院抗诉,以纠正错误。根据我国刑事诉讼法规定,被抗诉的被告人不受上诉不加刑原则的约束,未被抗诉的部分被告人依然适用上诉不加刑原则。因此,在公权力机关抗诉权存在的

<sup>①</sup>比如王祥国:《对共同犯罪案件判决和裁定生效时间的探讨》, [http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce\\_list.asp?id=5301](http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce_list.asp?id=5301), 2017年6月30日访问;另有《刑事共同犯罪案件一审判决后,部分被告人上诉,案件生效时间问题》, [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_62c848000102ve5n.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_62c848000102ve5n.html), 2017年7月22日访问。

情形下,就涉及共同犯罪上诉审程序中主从犯量刑体系问题。在共同犯罪案件中,法庭应当根据认定的案件事实进行裁判,在具体量刑上主要根据主从犯的地位综合考量,一般对主犯的量刑要重于从犯的量刑。若公诉机关对共同犯罪部分从犯提出抗诉,并且提出了加重该部分从犯刑罚的量刑建议,二审法院如果采纳该量刑建议,则对被抗诉的从犯所判处的刑罚要重于原审对主犯所判处的刑罚。对此,二审法院不应当采纳该量刑建议。比如在原审裁判中,共同被告人某甲、某乙被认定为主犯,判处有期徒刑十年,共犯某丙被认定为从犯,判处有期徒刑八年。公诉机关对某丙提出抗诉,认为对其量刑太轻,建议量刑十二年,二审法院经审理认为原审对某丙的量刑的确过轻,但在不改变某丙从犯地位的情形下,不宜直接改判某丙有期徒刑十二年。从逻辑上而言,共同犯罪中对从犯的量刑要轻于主犯,更不能重于主犯,检察院对部分被告人抗诉的案件中,二审对共同犯罪同案被告人的量刑不应突破主从犯认定框架及其刑事责任划分的规则。

第四,案件事实认定争议的上诉区别对待规则。部分被告人对原审认定事实存在异议而提出上诉,上诉审经审理认为原审对该部分被告人的事实认定确有错误,若该事实仅仅是涉及上诉人部分的事实,无关其他被告人,则可直接对该事实重新认定。若对上诉部分被告人事实的重新认定会影响到其他未上诉的被告人的事实认定,则应当根据刑事责任平衡和有利于被告原则,分两种情形进行处理。其一,该部分事实的重新认定产生的结果有利于其他未上诉被告人的,则该事实认定的结果应当惠及其他人。比如二审认为原审中对其他未上诉被告人量刑过重的,二审应当直接改判,判处较轻的刑罚。其二,对上诉部分的事实认定不利于其他未上诉被告人的,仅对上诉部分的被告人作出改变,其他被告人维持原状。经过二审认定的事实不利于全案的,也仅对上诉人作出处理即可,而不能殃及其他人,使未上诉的被告人处于不利地位。当然,根据上诉不加刑原则,对上诉部分被告人的裁判也不应使其处于更加不利的地位。《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第360条第2款规定:“按照第一上诉程序或第二上诉程序审理刑事案件的法院,在检查法院裁判是否合法、是否根据充分和是否公正时,仅针对法院裁判中被提出上诉和抗诉的部分。如果在审理刑事案件时确定了涉及该案中其他被判刑人或被告宣告无罪人的利益的情况而对之并未提出上诉或抗诉,则刑事案件也要针对这些人的情况进行审查。在这种情况下,不允许恶化他们的状况。”<sup>[4]</sup>控方可以为了当事人利益上诉,体现检察官的客观义务,但始终不可损及被告人的利益。比如,一起三人盗窃案件中,原审认定某甲为主犯,某乙和某丙为从犯,并据此科处罚金。一审宣判后,某甲对其主犯的事实认定存在异议,当庭表示上诉,并在上诉期内提交上诉状。经过二审审理,认为某甲属于主犯的事实认定的确有误,某甲应为从犯,并对某甲以从犯进行量刑。这就导致此共同犯罪中无主犯情形的出现。从共同犯罪主从犯认定体系考虑,共同犯罪中可以全部为主犯,但不应全部为从犯。之所以经过上诉审出现共同犯罪中无主犯的情形,主要是由上诉审乃救济审的性质决定的,也集中体现了有利于被告原则,是刑事诉讼程序保障人权的重要体现。同时,上诉审对案件事实的认定而导致共同被告中仅有从犯的情形集中体现了程序的独立价值。虽然程序意义上的事实认定应当无限接近于客观真实,但应容忍程序真实与实体真实之间的差距,诸如上诉不加刑原则与罪责刑相适应原则之间的冲突,体现了司法与立法之间的张力。

#### 四、共同犯罪上诉审的程序运作

上诉审程序是从审级制度上给予被告人提供救济的重要制度,无论是单个人犯罪的案件,还是共同犯罪案件,经过第一审审理之后,当事人无论是对原审裁判的事实认定还是法律适用存在争议,都可以行使上诉权寻求上诉审救济。上诉审程序有别于一审程序,并且共同犯罪上诉审程序有其特殊性。共同犯罪

上诉审应坚持合并审理规则,<sup>①</sup>除了适用基本的上诉审规则之外,还应遵守特定的上诉审程序规则。

第一,不上诉被告人应以证人身份出庭作证规则。在共同犯罪第一审程序中,认罪的部分被告人在法庭调查中应当优先调查,以提供相关的证据信息,可以有效提升法庭调查的效率。共同犯罪经过第一审程序,各共同被告人均有平等的上诉权,共同被告人对原审裁判的事实认定以及法律适用问题均可提出异议,提起上诉。对原审裁判有异议并提出上诉的被告人,在上诉审程序中应当以上诉人的身份参与庭审。在部分共同被告人对一审裁判无异议不上诉的情形下,该部分未上诉的共同被告人可以不参与庭审。但根据上诉审庭审需要,该部分未上诉的共同被告人在必要的时候应当出庭接受调查,而且该部分被告人出庭应承担证人角色。共同被告人是共同犯罪事实的参与者,对共同犯罪的相关事实具有最为直接的感知,未上诉的共同被告人出庭作证便于解决争点问题。被告人选择不上诉,表明该部分被告人认可了第一审程序中认定的案件事实,理论上就其所知晓的案件事实提供证言并无障碍。未上诉共同被告人就其所知晓的案件事实提供的证言具有证据能力,而该证言证明力的大小,主要通过上诉审庭审质证由裁判者判断。

第二,合理安排发言顺序规则。在共同犯罪各被告人全部上诉或多个被告人上诉时,上诉审开庭审理程序中如何安排各上诉人进行发言应有规则可遵循。在第一审程序中,对案件的审理应当坚持以争点解决为主线,法官应当根据查明案件事实的逻辑顺序自由安排争点顺序,被告人在庭审中的发言顺序根据主要争点进行安排。基于上诉人的上诉事由,上诉审程序中亦有争点的突出,因此,法官首先应当对争议焦点进行整理,以争点解决的逻辑顺序安排上诉人发言。原则上应当坚持由简到难、由浅入深的顺序,即首先应当安排争议不大或者争议较易解决的上诉人发言,以此循序渐进,逐一安排上诉人发言。在部分被告人就事实问题提起上诉、部分被告人就法律问题提出上诉的情形下,法官应释明事实争点和法律争点,以先事实争点后法律适用争点为原则,安排对事实认定存在争议的部分被告人先发言,然后再听取对法律适用存在争议的部分被告人的意见。所有上诉人均以事实认定错误为由上诉的,法庭应当根据先定罪事实、后量刑事实的顺序安排上诉人发言。此外,在上诉审理过程中,不同被告人及其辩护人应当具有平等的发言机会。

第三,共同上诉人撤诉规则。在撤诉的问题上,现行刑事诉讼法中并无专门针对是否允许共同被告人在上诉期间撤诉的规定,仅有检察院撤回抗诉的规定,<sup>②</sup>《刑事诉讼法解释》第305条规定了被告人撤诉规则,上诉期内上诉人要求撤诉的,法院应当准许,<sup>③</sup>而上诉期满后要求撤诉的,法院应在审查的基础上进行不同的处理。被判处死刑立即执行的被告人不准许在第二审开庭后宣告裁判前申请撤回上诉,即使提出撤诉,上诉审程序依然继续运行,<sup>④</sup>无论是刑事诉讼法还是相关司法解释,对于共同犯罪案件的被告人的撤诉问题并无特别规定。撤诉属于当事人的一项权利,控方在第一审程序中也可以撤

①共同犯罪案件中,不同的被告人基于不同的上诉事由分别向法院提起上诉,二审法院应当采用合并审理的方式。当然,二审合并审理并不能与全面审查原则相混淆。本质上,各共同被告人的诉具有独立性,共同犯罪上诉之所以能够合并审理,就是因为共同犯罪各被告人的诉具有关联性。合并审理的前提是诉的存在,而全面审查原则则是法院主动启动一个诉进行审理,因此共同犯罪二审合并审理与二审的全面审查原则有实质区别。在部分被告人上诉而部分被告人未上诉的情形下,二审合并审理仅适用于提出上诉的部分被告人,而未提起上诉的被告人则不应当被卷入新的诉中。

②《刑事诉讼法》第232条第2款规定:“上级人民检察院如果认为抗诉不当,可以向同级人民法院撤回抗诉,并且通知下级人民检察院。”

③《刑事诉讼法解释》第304条规定:“上诉人在上诉期限内要求撤回上诉的,人民法院应当准许。”

④《刑事诉讼法解释》第305条规定:“上诉人在上诉期满后要求撤回上诉的,第二审人民法院应当审查。经审查,认为原判认定事实和适用法律正确,量刑适当的,应当裁定准许撤回上诉;认为原判事实不清、证据不足或者将无罪判为有罪、轻罪重判等的,应当不予准许,继续按照上诉案件审理。被判处死刑立即执行的被告人提出上诉,在第二审开庭后宣告裁判前申请撤回上诉的,应当不予准许,继续按照上诉案件审理。”

回公诉,自诉案件中,当事人也可以撤回起诉。共同犯罪上诉审中的撤诉与一审程序中的撤诉存在的区别在于诉的分割问题。上诉和撤诉均属于被告人上诉权的范畴,在共同犯罪案件中,部分被告人要求撤诉的,等同于该部分被告人要放弃上诉权,法庭经过审查认为符合条件的,确属上诉权人自由意志支配的,应当允许撤诉。撤诉的部分被告人可不再以上诉人身份参与庭审,但根据前文所述之刑事责任平衡规则,撤诉后原裁判应暂不生效,除非有超期羁押等情况可将撤诉人及未上诉人先行释放,未撤诉的部分应当按照二审程序继续审理。

第四,上诉期间防止共同犯罪被告人超期羁押规则。共同犯罪案件中各共同犯罪人在犯罪中的地位和作用不同,因此承担的刑事责任也有区别,由于上诉审理周期的原因,较易出现上诉审审理期间部分上诉或未上诉共同被告人羁押期限已满的情形,甚至羁押天数已完全可以折抵原审判决判处的刑期期限。羁押是对被告人人身自由的限制,目的是为了保障案件诉讼程序顺利进行。从人权保障和羁押的目的而言,应避免超期羁押的现象,共同犯罪案件上诉审期间被羁押的共同被告人在羁押期限届满时不存在继续羁押必要的,应当解除对被告人的羁押措施。虽然共同犯罪各被告人的犯罪行为彼此具有牵连,但此牵连性并不是放纵对被告人超期羁押的理由,并且各被告人最终承担的刑事责任具有独立性,特别是刑罚的执行。被告人处于超期羁押的状态下,因涉及国家赔偿等因素,上诉审法院在作出判决时就会面临压力,往往要考虑上诉人或未上诉人的羁押期限进行量刑,不利于上诉审救济功能的实现。目前我国《刑事诉讼法》第98条规定超期羁押应当释放,或变更强制措施,<sup>①</sup>《刑事诉讼法解释》第134条第2款也有变更强制措施或者予以释放的规定,<sup>②</sup>但法律和司法解释并无针对共同犯罪案件因部分被告人上诉而导致的共同被告人超期羁押或者羁押已到原审对其判处的刑期期限时如何处理的规定。立法应当确立上诉期间防止共同犯罪被告人超期羁押规则,明确规定共同犯罪案件经过一审审理之后,因部分被告人上诉而导致判决暂缓生效时,无论是提起上诉的被告人,还是未上诉部分的被告人,其羁押期限已经届满,或者羁押期限已到原审对其判处的刑期期限时,均应释放或者变更强制措施。根据上诉审的救济性质,未上诉部分的被告人应当释放,而上诉的部分被告人可视上诉审审理需要采用监视居住或者取保候审。

## 五、共同犯罪上诉审程序的立法展望

随着单个人犯罪上诉审程序的正当化改革,共同犯罪上诉审程序也必将受到影响并应作出相应调整。这方面的立法展望主要需关注以下问题:其一,公诉机关抗诉权的废止。正当化发展的上诉审应当由当事人启动,控方不应启动上诉审。公民相较于强有力的国家公权力机关,处于天然的弱势地位,对未生效裁判不服,应有权启动救济审程序寻求救济。在美国,如果初审被判处有期徒刑,被告人可以上诉到高一级的法院,但是如果被告人被宣布无罪释放,政府就不得提出上诉,除非该无罪释放的判决是基于法律适用错误而不是有罪或无辜。上诉法院不会审查更多的证据,通常也不会重新评议初审中的呈堂证供。它们的职责通常是决定在审理和量刑阶段是否存在适用法律错误<sup>[5]</sup>。《法国刑事诉讼法典》第572条对无罪的上诉之规定:“对重罪法院做出的宣告无罪的判决,仅得唯一以法律之利益,向最高

<sup>①</sup>《刑事诉讼法》第98条规定:“犯罪嫌疑人、被告人被羁押的案件,不能在本法规定的侦查羁押、审查起诉、一审、二审期限内办结的,对犯罪嫌疑人、被告人应当予以释放;需要继续查证、审理的,对犯罪嫌疑人、被告人可以取保候审或者监视居住。”

<sup>②</sup>《刑事诉讼法解释》第134条第2款规定:“被逮捕的被告人具有下列情形之一的,人民法院应当变更强制措施或者予以释放:(一)第一审人民法院判处管制、宣告缓刑、单独适用附加刑,判决尚未发生法律效力的;(二)被告人被羁押的时间已到第一审人民法院对其判处的刑期期限的;(三)案件不能在法律规定的期限内审结的。”



司法法院提起上诉,且不损害经宣告无罪的当事人的利益。”<sup>[6]</sup>从审级制度的功能而言,一审应当是国家实现追诉权和刑罚权的主要诉讼阶段,上诉审的主要功能在于给予当事人救济。公权力对犯罪的追诉权在一审程序中已经行使完毕,不宜再进行抗诉。因此,确立严格的一事不再理原则,取消公诉机关的抗诉权,具有理论依据和实践经验支撑。未来共同犯罪上诉审程序的启动权完全由同案被告人享有,与抗诉有关的规则应当废止。其二,三审终审制的设置。上诉审具有纠错和救济等功能,为了充分实现上诉审的功能,我国应当建立三审终审制,其中第一审和第二审主要为事实审,第三审为法律审。我国并未引入陪审团制度,一审对事实的认定并不具有终局性,应当允许对一审事实认定部分进行上诉。但考虑到一审程序对查明案件事实的重要性,为了提高当事人对一审事实认定的认同,立法应重点完善第一审程序,构建以一审庭审为中心的事实认定机制<sup>[7]</sup>。“第二审之审理,其距离犯罪时间与场所均较第一审为远处,其获得之诉讼资料未必较第一审为优。加之,证据,易因时间之经过失其真实性。使为重复值调查,徒增程序繁杂,证据纷乱,影响证明力之判断。乃复审制度是否良善,在证据制度上不无商量余地。”<sup>[8]</sup>第二审应当具有事实审和法律审的双重功能,若对原审事实认定问题有异议的,可以通过二审请求上级法院审理,二审法院应当对有异议的事实问题进行审理,即二审应当采用续审制而非复审制。同时,第二审也可以就法律适用争议进行审理。第三审则是法律审,主要确保法律适用的统一性,对事实争议不予受理。若当事人对二审法律适用问题依然有异议,便可申请启动第三审程序,纠正原审在法律适用层面的错误。三审终审制也是发展趋势,如德国和我国台湾地区就实行三审终审制。德国的刑事诉讼即确立了三审终审制,德国刑事诉讼中的上诉审包括第二审和第三审,第二审不仅审理事实问题,也对法律问题进行审查,第三审是法律审,仅针对法律问题进行审理。我国台湾地区也实行三审终审制,类似于德国法之规定。针对我国二审终审制存在的问题,早就有学者提出构建三审终审制的观点<sup>[9]</sup>。在确立三审终审制之后,共同犯罪同案被告人部分对事实认定有争议、部分对法律适用有异议的,全案均应当由第二审法院审理,而仅对法律适用存在异议的,可以考虑直接由第三审法院进行审理。三审终审制建立后,第二审和第三审均为上诉审,第二审程序因涉及事实审和法律审双重任务,在审理共同犯罪上诉案件时可适用本文所确立的相关规则。第三审属于法律审,不适用与事实调查有关的上诉审规则,但仍需遵守平衡共同被告人刑事责任的基本规则和上诉审的程序规则。此外,有限审查和全面开庭原则的实现意味着全面审查原则和书面审的废止。

### 参考文献:

- [1] 德国刑事诉讼法典[M]. 李昌珂,译. 北京:中国政法大学出版社,1995:14.
- [2] 孙谦. 刑事审判制度:外国刑事诉讼法有关规定:下[M]. 北京:中国检察出版社,2017.
- [3] 孙谦. 刑事审判制度:外国刑事诉讼法有关规定:上[M]. 北京:中国检察出版社,2017:156.
- [4] 俄罗斯联邦刑事诉讼法典[M]. 黄道秀,译. 北京:中国人民公安大学出版社,2006:294.
- [5] [美] 罗纳尔多·V·戴尔卡门. 美国刑事诉讼——法律和实践[M]. 6版. 张鸿巍,译. 武汉:武汉大学出版社,2006:10.
- [6] 法国刑事诉讼法典[M]. 罗结珍,译. 北京:中国法制出版社,2006:357.
- [7] 龙宗智. 论建立以一审庭审为中心的事实认定机制[J]. 中国法学,2010(2):143-157.
- [8] 陈朴生. 刑事诉讼法[M]. 3版. 台北:台湾海天印刷厂有限公司,1979:62.
- [9] 谢佑平. 刑事救济程序研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2007:151-156.

